

A. I. Nº - 108529.0003/19-3
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - GILMÁRIO MACEDO LIMA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18/08/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Alegações defensivas acatadas acertadamente pelo autuante na Informação Fiscal que procedeu a revisão do levantamento e refez os cálculos o que resultou na redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Alegação defensiva de que efetuara o recolhimento do imposto exigido na autuação antes da ação fiscal restou comprovada. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao autuado e se pronunciou pela improcedência da autuação. Infração insubstancial. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 168.400,69, em decorrência das seguintes infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01- 03.02.05 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.816,62, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 68.005,62, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 24.642,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser

paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de março de 2016, no valor de R\$ 68.063,51;

Infração 05 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.872,51, correspondente ao percentual de 1% sobre o valor da operação.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.33 a 59). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Alega que a intimação postal para ciência da lavratura do Auto de Infração não foi enviada ao endereço da Requerente, motivo pelo qual a exação fiscal ora impugnada é nula, conforme demonstrará.

Apesar disso, consigna que referida intimação foi entregue ao destinatário em 14/01/2020 (doc. 5), terça-feira, de modo que, mesmo que não se entenda pela nulidade da intimação, o que admite apenas por argumentar, a peça impugnatória é tempestiva, haja vista que o prazo de 60 dias para sua apresentação teve início em 15/01/2020, quarta-feira, encerrando-se somente em 16/03/2020, segunda-feira.

Argui a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a intimação postal para ciência da lavratura foi direcionada para endereço diverso da sede da empresa, em patente afronta ao artigo 108 do RPAF. Alega que a intimação foi remetida à Sociedade Landim Maia & Bastos, pessoa jurídica que não compõe o Grupo Nestlé e não possui vínculo com a empresa que justificasse o redirecionamento da intimação.

Destaca que inexiste qualquer disposição no RPAF que legitime o envio da intimação para endereço de pessoa jurídica que não possui qualquer tipo de vínculo com a empresa que justificasse referido redirecionamento.

Registra que nesse sentido, o Egrégio Conselho de Fazenda Estadual da Bahia tem declarado a nulidade de autuações eivadas por vícios de intimação menos gravosos do que o ocorrido no caso concreto, conforme julgado que reproduz trechos.

Acrescenta que o CONSEF tem precedentes no sentido de que a ciência por pessoa não legitimada pelo contribuinte, implica na nulidade da autuação. Assevera que isso ocorreu no presente caso, haja vista que a Sociedade Landim, Maia & Bastos Advogados não compõe o grupo Nestlé ou tem poderes específicos para tomar ciência da lavratura de Autos de Infração, ou de quaisquer outros atos praticados no âmbito da SEFAZ.

Conclusivamente, sustenta que uma vez demonstrado que a intimação postal para ciência do Auto de Infração não foi enviada para o endereço da empresa, resta evidente a nulidade do presente Auto de Infração.

Registra o futuro pagamento parcial do Auto de Infração.

Diz que caso não se entenda pela nulidade da autuação, o que admite apenas por argumentar, desde já, nesse caso irá efetuar o recolhimento de uma parte dos valores exigidos no Auto de Infração. Esclarece que a parcela que pretende liquidar diz respeito aos itens correspondentes às Infrações 01, 03 e 05, os quais decorrem de erros em seus procedimentos internos.

Reporta-se sobre os motivos determinantes para o cancelamento da autuação.

Sustenta a improcedência da infração 02.

Observa que no entendimento da Fiscalização a soma do estoque inicial e das entradas teria sido superior a soma do estoque final e das saídas em 2016, o que fundamentaria a presunção de omissão de saídas.

Afirma que esse racional não merece prevalecer uma vez que a presunção de que teria ocorrido

omissão de saídas decorre de equívocos cometidos pela Fiscalização na quantificação do procedimento fiscal de levantamento de estoque.

Alega desconsideração pela Fiscalização do fator de conversão de unidades de medida.

Diz que após tomar conhecimento da autuação e verificar os demonstrativos que acompanharam o Auto de Infração, realizou o esforço para recompor o seu estoque de 2016 para identificar precisamente o que poderia ter gerado as divergências apontadas pela Fiscalização.

Assegura que jamais promoveu saídas de mercadorias sem a documentação fiscal correlata, o que, segundo diz, sequer seria possível em virtude de diversas regras de *compliance* e do próprio *software* integrado de gestão comercial utilizado pela empresa, que não permite a saída de mercadorias sem a emissão da nota fiscal correspondente.

Consigna que ao realizar esse procedimento, identificou que ao menos parte das divergências de estoque verificadas decorre de equívocos nos cálculos realizados pela Fiscalização. Mais especificamente, a Requerente identificou erros na conversão das unidades de medidas nas entradas e saídas do estabelecimento autuado.

Observa que em termos fiscais, o fator de conversão representa o mecanismo utilizado para converter as unidades de medida dos produtos que transitam pelo estabelecimento do contribuinte. Diz que conforme se pode imaginar, essa ferramenta é especialmente relevante para o controle de estoque, já que o contribuinte é obrigado a escriturar as notas fiscais de entrada na Escrituração Fiscal Digital – EFD, com as unidades de medida utilizadas pelo remetente, ou seja, descritas no próprio documento fiscal.

Pontua que nesse cenário, se o remetente das mercadorias adquiridas utilizar unidades de medida distintas das utilizadas internamente pelo adquirente, invariavelmente ocorreriam distorções no estoque. Diz que para corrigir essa “inconsistência”, utiliza-se o Registro 0220 da EFD para indicar o fator de correção entre a unidade do fornecedor e do adquirente, promovendo-se, a partir daí, a equivalência quantitativa dos produtos que transitam no estoque. Reproduz o Manual EFD – Registro 0220. Neste sentido, apresenta um exemplo prático dessa dinâmica e da relevância do fator de conversão para o controle de estoque, com relação ao produto *NUTREN KIDS MORANGO* (“NUTREN” – Código 12185378) que foi objeto do Auto de Infração.

Alega que essa mercadoria transita pelo estoque da empresa com duas unidades de medida distintas: **(a)** unidades avulsas (“UN”) e **(b)** caixas com 12 unidades (“CX”), portanto, se o NUTREN for adquirido em unidades e comercializado em caixas, aplica-se o fator de conversão [12] para equivalência entre CX e UN, evitando-se distorções no estoque.

Observa que nesse cenário, ainda que as notas fiscais de entrada e de saída sejam escrituradas com unidades de medida distintas, há equidade no controle do estoque dessas mercadorias que é feito em “UN”. Apresenta outro exemplo dizendo que se promover a saída de 2 caixas e 2 unidades de Nutren, registra-se, na prática, a saída de 26 UN do estoque, em razão do fator de conversão.

Afirma que a despeito disso, a Fiscalização equivocadamente desconsiderou o fator de conversão das mercadorias autuadas. Diz que no caso específico do NUTREN, 1 caixa (com 12 unidades) foi equacionada como 1 única unidade do produto.

Salienta que partindo dessa premissa equivocada, verifica-se que a mesma saída de 2 caixas e 2 unidades de NUTREN representaria a saída de somente 4 UN, em vez de 26.

Assevera que é justamente em razão desse erro metodológico que Fiscalização apurou equivocadamente que a empresa teria omitido saídas em 2016. Diz que do arquivo *Infração 02 - Estoque 2016.02 - Lista geral de omissões* (“Lista Geral de omissões – Infração 2”) que instruiu o Auto de Infração, verifica-se que a Fiscalização apurou a omissão de saídas de 110 UN de NUTREN.

Friza que conforme já visto, a suposta omissão de saídas foi apurada a partir da metodologia típica dos levantamentos quantitativos de estoque, que pressupõe o diálogo entre as saídas, entradas, estoque final e inicial, contudo bastou aplicar os fatores corretos de conversão de unidades de medidas para a empresa constatar que o valor em unidades das entradas passou para 1.320 e o das saídas para 1.381.

Ressalta que se ajustando o número de entradas e saídas apontados no levantamento quantitativo de estoque, a partir da aplicação do fator de conversão, conforme indicado acima, verifica-se que inexiste qualquer omissão de saída de NUTREN.

Assinala que justamente para demonstrar o impacto total desse erro no levantamento quantitativo de estoque, preparou planilhas que demonstram, de forma comparativa (“Planilhas Comparativas – Unidades de Medida” - doc. 7), a quantidade de unidades de produtos indicada no levantamento da Fiscalização com a que seria obtida pela aplicação dos fatores de conversão. Diz que o que se constata pela planilha é que a simples aplicação do fator de correção afasta a omissão de saída dos produtos que aponta no quadro que apresenta.

Destaca que a aplicação do fator de correção utilizado pelo contribuinte nos levantamentos quantitativos de estoque é imperativa, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Portaria 445/98, cujo teor reproduz.

Assinala que o CONSEF já determinou o cancelamento de infrações pautadas em levantamentos fiscais que desconsideraram os fatores de conversão ou que decorriam da aplicação de fatores de conversão injustificados, conforme transcrições que apresenta.

Afirma que desse modo, resta demonstrada a improcedência da Infração 4 [infração 02], ante a inaplicação dos fatores de conversão de unidades pela Fiscalização, sob pena de afronta ao disposto no artigo 3º, inciso II, da Portaria 445/98.

Prosseguindo, alega a existência de Notas desconsideradas pela Fiscalização no levantamento quantitativo de estoque.

Diz que se não bastasse os equívocos apontados no tópico anterior, verifica-se também que a Fiscalização deixou de considerar as Notas fiscais de saída emitidas com o CFOP 5949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, em seu levantamento fiscal (doc. 8).

Menciona a título ilustrativo a Nota Fiscal nº 1455734, emitida em 16.3.2016, que registra a saída de 1 unidade do produto “NESCAFE ALEGRIA CAFE NPRO 6X500G BR” (Código 12257968).

Menciona, ainda, que foram desconsideradas Notas Fiscais de entrada, tais como a Nota Fiscal nº 187790, emitida em 29.6.2016 (Produto 412342) e a Nota Fiscal nº 410804 emitida em 9.5.2016 (Produto 12279211) (doc. 9).

Conclusivamente, diz que assim sendo, a imprestabilidade do levantamento fiscal e a improcedência da presunção de omissão de saídas, restam evidentes também pelo fato de que a Fiscalização desconsiderou diversos documentos fiscais representativos de saídas e entradas das mercadorias no ano de 2016.

Sustenta a improcedência da infração 04.

Diz que partindo de uma premissa equivocada, a Fiscalização aplicou multa de 60% sobre valor do imposto que teria supostamente deixado de ser antecipado, nos termos do artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/1996.

Esclarece que apesar de o item correspondente à infração 4 estar limitado ao período de março de 2016, a Fiscalização também apurou suposta ausência de recolhimentos de ICMS por antecipação parcial referente aos demais meses de 2016, tendo sido a autuação formalizada no Auto de Infração nº 1085290004/19-0 (doc. 10).

Salienta que o procedimento fiscal utilizado na apuração do ICMS que a empresa supostamente

deixou de antecipar no ano de 2016 pode ser dividido nas seguintes etapas:

- 1) Por meio do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (“SIAF”), foram “filtradas” todas as entradas em operações de transferência promovidas no estabelecimento autuado no ano de 2016, identificadas pelo CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros). A relação das notas fiscais que amparam essas operações está registrada no arquivo Infração 04 - Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida 2016 - Lista de notas fiscais-itens Auto de Infração (“Lista de Notas Fiscais – Infração 4”);**
- 2) Após, foram identificados todos os recolhimentos efetuados por meio de Documentos de Arrecadação Estadual (“DAEs”) com o código 2175 (específico para as antecipações parciais) no período;**
- 3) A partir da contraposição entre as informações obtidas nas duas etapas anteriores, a Fiscalização apurou o valor de ICMS que teria deixado de ser antecipado pela Requerente no ano de 2016, conforme se verifica do arquivo Infração 04 - Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida 2016 – Resumo do débito (“Resumo do Débito – Infração 4”);**

Alega que apesar de a infração 04 se referir apenas ao período de março de 2016, o demonstrativo abarca também os demais meses de 2016, os quais são objeto do Auto de Infração nº 1085290004/19-0 (doc. 10).

Assevera que este item da autuação não deve prevalecer, haja vista que as antecipações parciais atinentes às aquisições interestaduais em 2016 foram devidamente recolhidas pela empresa.

Ressalta que a Fiscalização não identificou esses pagamentos no curso do procedimento fiscal, porque, por mero equívoco procedural, a empresa efetuou o recolhimento dos DAEs relativos às antecipações parciais com o código 1145, que faz referência a antecipação total do imposto, prevista no anexo I do RICMS/BA, em vez de utilizar o código 2175.

Diz que é o que se observa a partir da Relação de todos os DAEs recolhidos no ano de 2016 com código 1145 que instrui a peça impugnatória (doc. 11).

Salienta que para que não haja qualquer dúvida quanto à vinculação entre os pagamentos arrolados na relação supra referida (código 1145) e as antecipações parciais de ICMS referentes às entradas interestaduais promovidas em março de 2016, pode se mencionar o exemplo da Nota Fiscal nº 1638042 que consta da Lista de Notas Fiscais – Infração 4, conforme apresenta.

Observa que conforme consta na “Lista de Notas Fiscais – Infração 4” que acompanha o Auto de Infração, a soma dos valores de ICMS supostamente devidos por antecipação parcial em relação a cada um dos itens da NF 1638042 é de R\$ 8.910,63. Alega, no entanto, que esse montante exato foi recolhido pela empresa conforme DAE nº 1601129615 (código 1145), em 4.3.2016, justamente a data de emissão da NF 1638042 (doc. 11).

Destaca que a partir desse exemplo resta evidente que as antecipações parciais de ICMS foram devidamente recolhidas pela empresa por meio dos DAEs emitidos com código 1145, não havendo como exigi-las novamente.

Registra que ao analisar situação idêntica à dos presentes autos, esse Egrégio CONSEF determinou que os valores recolhidos equivocamente a título de antecipação parcial por meio dos DAEs com código 1145 deveriam ser excluídos da autuação, reproduzindo decisão neste sentido.

Afirma que diante disso, uma vez demonstrado que as antecipações parciais do ICMS referentes ao mês de março de 2016 foram devidamente recolhidas por meio dos DAEs com código 1145, faz-se necessário o cancelamento da penalidade veiculada no item 4.

Alega a impossibilidade de exigência das antecipações parciais de ICMS nas transferências entre os estabelecimentos da empresa por inexistência de fato gerador do ICMS.

Diz que conforme visto no tópico anterior, as antecipações parciais de ICMS relativas às aquisições interestaduais promovidas em 2016 foram devidamente recolhidas pela empresa, fato que, por si só, impõe o cancelamento da infração 4.

Alega que a despeito disso, mesmo admitindo-se, por argumentar, a remotíssima hipótese de tais recolhimentos não serem reconhecidos por esse Egrégio CONSEF, é imperativo o cancelamento

da infração 04 pelo simples fato dessa infração abranger transferências entre estabelecimentos da empresa.

Observa que todas as notas fiscais de entrada envolvidas nesse item foram emitidas com CFOP 6151 (Transferência de produção do estabelecimento) ou CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), sendo essa operação bastante comum para empresas do seu porte que, até por uma questão de logística, possui estabelecimentos espalhados por todo o país.

Afirma que o que importa no presente caso é que, como se sabe, por se tratar de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, não há circulação econômica/jurídica das mercadorias, inexistindo, pois, a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Assinala que é o que restou sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio da Súmula 166 “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”. Destaca que o próprio C. STJ determinou que a Súmula 166 se estende às operações interestaduais, como se infere de decisão proferida em recurso especial representativo de controvérsia (Tema 259).

Pontua que como não poderia ser diferente, o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, em decisões recentíssimas, tem aplicado o entendimento firmado pelo C. STJ na Súmula 166 e na decisão supra para afastar a incidência do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme reproduz.

Conclusivamente, diz que também sob esse prisma, resta evidente que a infração 04 deve ser integralmente cancelada, tendo em vista que não há ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa.

Finaliza a peça impugnatória requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso assim não se entenda, no mérito, sejam julgadas improcedentes as infrações 02 e 04. Protesta pela posterior juntada de eventuais outros documentos que se façam necessários para o correto julgamento do lançamento tributário e pela eventual conversão do julgamento em diligência, nos termos do artigo 145 do RPAF, a fim de que se confirmem os elementos trazidos com a Defesa. Indica para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo: Lobo & de Rizzo Advogados: no endereço Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 402 a 406 – vol. II).

Inicialmente esclarece que todos os demonstrativos foram elaborados mediante arquivos SPED EFD – Escrituração Fiscal Digital, que conforme o art. 247 se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal informados pelo contribuinte, informações constantes na base de dados da SEFAZ.

No tocante à nulidade arguida pelo impugnante, sustenta que não merece prosperar, pois conforme preceitua o § 1º, do art. 18, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração...”. Conforme INTIMAÇÃO juntada às fls. 23, fica comprovada a tentativa da SEFAZ em intimar o contribuinte no endereço constante do cadastro (Rua Doutor Gerino de Souza Filho, nº 3295, Galpão 0345, Bairro Recreio Ipitanga, Lauro de Freitas/BA, CEP 42.700-210). Ao não lograr êxito, conforme Aviso de Recebimento-AR devolvido (fls. 24), enviou nova intimação para sócio ativo (SOCOPAL – SOCIEDADE COMERCIAL DE CORRETAGEM – CNPJ 33.036.849/0001-74), conforme fls. 29/29-A.

Quanto ao futuro pagamento parcial do Auto de Infração, diz que o contribuinte admite erro procedural que acarretaram as infrações 01, 03 e 05, informando a intenção de liquidar tais itens.

No que tange à improcedência da infração 02, por desconsideração pela Fiscalização do fator de

conversão de unidades de medida, esclarece que os erros nos cálculos mencionados pelo autuado ocorreram pela falta de informação no registro 0220 dos fatores de conversão de unidades. Diz que após intimação, o contribuinte apresentou planilha contendo os fatores de conversão dos itens faltantes.

Relativamente às Notas Fiscais desconsideradas pela Fiscalização no levantamento quantitativo de estoque, diz que após conferência das alegações defensiva, adicionou as notas fiscais com CFOP 5949, além dos CFOPs 1949, 2949 e 6949.

Conclusivamente, consigna que após todas as retificações no levantamento quantitativo de estoque, a infração deve ser julgada procedente em parte, no valor histórico de R\$ 3.850,89.

No respeitante à infração 04, comprovação do recolhimento das antecipações parciais de ICMS, diz que com relação ao erro procedural do contribuinte que realizou o recolhimento dos DAEs através do código 1145 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), após conferência dos recolhimentos, correlacionando com as notas fiscais, acata a alegação defensiva.

Quanto à impossibilidade de exigência das antecipações parciais de ICMS nas transferências entre os estabelecimentos da empresa, por inocorrência de fato gerador do ICMS, informa que é a mera obediência ao que determina o art. 4º, inciso I, da Lei nº 7.014/1996, cuja redação reproduz.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência das infrações 01, 03 e 05, procedência em parte da infração 02 e improcedência da infração 04.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 413 a 416). Rechaça a afirmativa do autuante no sentido de que a intimação postal referente à lavratura do Auto de Infração fora direcionada para a sócia da empresa (SOCOPAL), pois, na verdade, a referida intimação fora remetida ao endereço da Sociedade Landim, Maia & Bastos Advogados (Avenida Tancredo Neves, 620, Salvador/BA), pessoa jurídica que não é integrante do Grupo Nestlé ou possui qualquer vínculo que justificasse o envio de intimações para seu endereço (doc. 5 da Impugnação).

Frisa que na hipótese de ser superada a preliminar de nulidade da autuação, o que admite apenas por argumentar, com relação às infrações 01, 03 e 05, já manifestou sua opção em quitá-las após o término da discussão administrativa.

Quanto à infração 02, diz que demonstrou a completa improcedência da exigência fiscal, haja vista que a Fiscalização presumiu, por meio de levantamento quantitativo do estoque, que a empresa teria omitido saídas e entradas de mercadorias tributáveis no ano de 2016.

Alega que o racional adotado pelo autuante não merece prevalecer, uma vez que a presunção de que teria ocorrido omissão de saídas decorre de equívocos cometidos pela Fiscalização na quantificação do procedimento fiscal de levantamento de estoque.

Afirma que foi demonstrado detalhadamente na Impugnação que a Fiscalização ao realizar o levantamento quantitativo do estoque do período objeto da autuação, deixou de considerar os fatores de conversão das unidades de medidas nas entradas e saídas do estabelecimento autuado, o que levou à suposta omissão de saídas e entradas de mercadorias pela empresa.

Acrescenta que também restou demonstrado que a Fiscalização não considerou algumas das notas fiscais de saída e entrada emitidas no período autuado ao realizar a análise/levantamento fiscal do estoque da empresa, o que fez com que fossem apuradas supostas divergências e/ou omissões. Afirma que esse equívoco cometido pelo autuante, demonstra a imprestabilidade do levantamento fiscal realizado e, por consequência, a improcedência da presunção de omissão de saídas.

Diz que tanto isso é verdade que a própria Fiscalização, ao analisar os argumentos e documentos apresentados nos autos pela empresa, reconhece que a infração 02 deve ser julgada, ao menos, parcialmente procedente, de modo a reduzir a exigência fiscal originalmente lançada, para manter apenas o montante histórico de R\$ 3.850,89.

No que concerne à infração 04, diz que como amplamente demonstrado na Impugnação, a exigência fiscal não merece subsistir, na medida em que, por um mero equívoco procedural, a empresa promoveu o recolhimento dos Documentos de Arrecadação Estadual – DAEs, relativos às antecipações parciais com o código 1145, que faz referência a antecipação total do imposto, prevista no anexo I do RICMS/BA, em vez de utilizar o código 2175, ideal para a situação, fazendo com que a Fiscalização não identificasse os pagamentos efetuados no curso do procedimento fiscal e lavrasse o Auto de Infração para cobrança de multa.

Salienta que nesse cenário e não por outra razão, o autuante, por meio de sua manifestação de fls. 402/406, reconheceu expressamente que todos os valores devidos a título de antecipação parcial referentes às mercadorias originárias de outros Estados foram devidamente recolhidos pela empresa, não havendo motivos, portanto, para que a Infração 4 seja mantida.

Reitera o impugnante as razões aduzidas atinentes a impossibilidade de se exigir o imposto nas transferências interestaduais.

Finaliza a Manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento a Acadêmica do curso de Direito Anita de Paula dos Santos Araújo para acompanhar o julgamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante por ter sido a intimação postal para ciência da lavratura do Auto de Infração direcionada para endereço diverso da sede da empresa, em patente afronta ao artigo 108 do RPAF. Alega o impugnante que a intimação foi remetida à Sociedade Landim Maia & Bastos, pessoa jurídica que não compõe o Grupo Nestlé e não possui vínculo com a empresa que justificasse o redirecionamento da intimação.

Sustenta que inexiste qualquer disposição no RPAF que legitime o envio da intimação para endereço de pessoa jurídica que não possui qualquer tipo de vínculo com a empresa que justificasse referido redirecionamento.

O exame das peças que compõem o presente processo permite constatar a existência de um documento, acostado à fl. 64, referente ao Substabelecimento, com reserva de iguais, nas pessoas ali relacionadas, todas com registro na OAB e integrantes do escritório de advocacia Landim Bastos Advogados, provavelmente, o que resultou no envio da intimação para ciência do Auto de Infração, via postal, para o endereço aduzido pelo impugnante.

Entretanto, independentemente disso, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, haja vista que na intimação ao autuado, Nestle Brasil Ltda., foi concedido o prazo de 60 (sessenta dias) para que apresentasse defesa, registre-se, conforme fez, exercendo plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Ou seja, não houve qualquer prejuízo ao autuado para que exercesse o seu direito de defesa e, desse modo, não havendo prejuízo descabe falar-se em nulidade.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inociência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício em lide.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de realização de diligência, considero que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes e necessários para decisão da lide, razão pela qual, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido.

No mérito, relativamente às infrações 01, 03 e 05, reconhecidas pelo impugnante, por certo que este reconhecimento confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, todas subsistentes.

No que tange à infração 02, observo que o autuante na Informação Fiscal acolheu a alegação defensiva atinente à desconsideração pela Fiscalização do fator de conversão de unidades de medida, desconsideração esta, conforme esclarecido pelo autuante, decorrente da falta de informação no registro 0220 dos fatores de conversão de unidades, sendo que após intimação, o autuado apresentou planilha contendo os fatores de conversão dos itens faltantes.

Acolheu também o autuante a alegação defensiva atinente às Notas Fiscais desconsideradas pela Fiscalização no levantamento quantitativo de estoque, esclarecendo que após a conferência das alegações defensivas, adicionou as notas fiscais com CFOP 5949, além dos CFOPs 1949, 2949 e 6949.

Verifico que após todas as retificações realizadas pelo autuante no levantamento quantitativo de estoques, o valor de R\$ 68.005,62 originalmente apontado no Auto de Infração foi reduzido substancialmente para R\$ 3.850,89, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Diante disso, acolho o resultado da revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, sendo a infração 02 parcialmente subsistente.

Relativamente à infração 04, observo que o próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante dizendo que após conferência dos recolhimentos, correlacionando com as notas fiscais, acata a alegação defensiva.

O autuado alega que efetuou os recolhimentos mediante Documentos de Arrecadação Estadual – DAEs, referentes às antecipações parciais consignando o código de receita 1145 - aplicável nos recolhimentos realizadas a título de a antecipação tributária “total”-, em vez de utilizar o código de receita 2175, relativo à antecipação parcial, o que fez com que a Fiscalização não identificasse os pagamentos efetuados na ação fiscal e, consequentemente, lavrasse o Auto de Infração para imposição de multa, conforme a autuação.

Diz o autuado que nesse cenário e não por outra razão, o autuante, por meio de sua manifestação de fls. 402/406, reconheceu expressamente que todos os valores devidos a título de antecipação parcial referentes às mercadorias originárias de outros Estados foram devidamente recolhidos pela empresa, não havendo motivos, portanto, para que a infração 4 seja mantida.

Efetivamente, restando comprovado que o autuado recolhera o imposto devido, tendo apenas ocorrido um erro no tocante ao código de receita consignado no documento de arrecadação, a infração 04 é improcedente.

Apesar disso, cumpre observar que a acusação fiscal não diz respeito ao tema transferências interestaduais, conforme aduzido pelo impugnante, ou seja, não se está exigindo o imposto referente às transferências interestaduais, mas sim à aplicação de multa percentual sobre a parcela do ICMS antecipação parcial que não foi paga, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente subsistente, ficando o Demonstrativo de Débito com a seguinte composição:

INFRAÇÃO	DECISÃO	VALOR LANÇADO NO AI (R\$)	V.JULGADO (R\$)	MULTA
01	RECONHECIDA	2.816,62	2.816,62	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	68.005,62	3.850,89	100%
03	RECONHECIDA	24.642,43	24.642,43	60%
04	IMPROCEDENTE	68.063,51	-----	-----
05	RECONHECIDA	4.872,51	4.872,51	-----
TOTAL		R\$ 168.400,69,	36.182,45	

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que as intimações relativas ao presente processo sejam direcionadas ao escritório: Lobo & de Rizzo Advogados: no endereço Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira, consigno que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido. Contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108529.0003/19-3**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 31.309,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 27.459,05 e 100% sobre R\$ 3.850,89, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.872,51**, prevista no inciso XI do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº. 3.856/81.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR